

POR D. MARINA VENEGAS CABEZA DE Baca, viuda de don Miguel de Eſcobar y de los Rios, y el Licenciado Iuan de Meſa Gil, vezinos de Cordoua,

EN EL PLEYTO

CON

Antonio de Ortega, y doña Catalina de Herrera ſu muger, vezinos della.

En Granada, en la Imprenta Real. Año de 1638.


Este pleito ay memorial ajustado cō las partes que impresso ha dado el Relator a V. S. y estos señores. Y assi refiriendonos a el diuidimos esta alegaciō en dos Articulos.

2 ¶ En el primero, fundaremos la justificacion que contuuo el auto del Alcalde mayor de Cordoua, mandando guardar la executoria del pleito de acreedores del dicho dō Miguel, y en su cumplimiento, que se vendiessen las casas de la collacion de san Nicolas, sobre que es este pleito, y que de su valor se hiziesse pago al dicho Iuan de Mesa del principal y reditos de su censo, dando fianças de que si le fuere mandado boluer los restituirà.

3 ¶ En el segundo, que quando los autos de la dicha executoria y cumplimiento no bastaran, cō los nueuos y escrituras y testimonios presentados en esta instancia, no solo se deue confirmar el dicho auto, empero enmendarle, y rebocarle en quanto a darlas dichas fianças.

I. ARTICVLVS.

4 ¶ El fundamento primero que doña Marina Venegas y el Licenciado Iuan de Mesa tienen para excluir la pretension de Antonio de Ortega y doña Catalina de Herrera su muger, es, la carta executoria en que se graduo en tercer lugar la memoria y capellania de Pedro Gil, por el censo de 68 U. marauedis y sus corridos (que se deuē al Licenciado Iuan de Mesa como su posseedor, cuya execucion no puede embaraçar ni impedir) el patronato de la dicha doña Maria del Romo,

por

por eſtar graduado en poſterior lugar, ad tex. in l. cum quæritur, cum duabus ſequẽtibus, l. ſi cum vno, l. cum de hoc, l. ſi mater, §. eandem, ff. de exceptio. rei iudicat. que deziden, que quando determinado vn pleito entre las miſmas perſonas ſobre la miſma coſa, y por la miſma cauſa ſe controuierte otra vez, obſta coſa juzgada, porq̃ concurren las tres identidades que hazen ſer vna miſma la controuerſia, y eſtas concurren en eſte nueuo pleito.

5 ¶ Y diſcurriendo por el en quanto a la idẽtidad de bienes, no es dudable que cõcurra, pues los miſmos ſon por los que aqui ſe litiga, que ſe graduaron en la dicha executoria. Y en quanto a la identidad de perſonas, de la miſma manera, porque para efeto de que les obſte la coſa juzgada, no es neceſſerio que ſeã las miſmas perſonas in indiuiduo, ſino que baſta que reſida en ellas el miſmo derecho y calidad de las que litigaron. Y eſto es lo que dixo la l. & an eadem 14. ibi: *Eadem conditio perſonarum*. ff. de except. rei iudicatæ, vbi Bart. in §. qui patrem eiuſdem legis, his verbis firmabit: *Dixit tibi oportet, quod ſit eadem res, & cauſa, & perſona vere, vel interpretatione.* Socin. conſil. 18. num. 44. adducens ad id, l. ſeruus ſi hæredi, ff. de ſtatu liberis, l. tale pactum, §. permittitur, ff. de aqua quotid. & ſtiu. Decius, conſil. 85. num. 57. dubio 2. Gregor. Lopez, in l. 2. titu. 15. p. 2. gloſſ. verbo, *ſi no el hijo mayor*, quæſt. 15. verbo, *Vnde ſi ſolum*, Aluarad. de coniect. vltimar. voluntat. lib. 2. cap. 3. §. 4. num. 45. & 46.

6 ¶ Y deſto nace la comun concluſion de los Dotores, de que la ſentencia dada contra el poſſeedor de mayorazgo, etiam non citatis ſucceſſoribus, les daña en fuerça de coſa juzgada, porque los ſuceſſores ſe juzgan vna miſma perſona con el poſſeedor que litigó, y fue vencido, late Dom. Molin. de Hiſpanor. primogen. lib. 4. cap. 8. num. 3. Pincl. in l. 1. 3. part. num. 49. C. de bonis maternis, Honded. conſil. 28. numer. 1. & 7.

Menoch.

Menoch. consil. 501. per tot. volum. 6. idem cõsil. 1116. per tot. Mieres de maiorat. 4. part. q. 14. Peregrin. de fideicommiss. artic. 53. num. 39. & sequentib. Camil. de la Rata, consil. 38. nu. 43. Marius Giurb. decis. 1. à num. 15. Ioan. Garcia de nobilit. gloss. 25. num. 8. Dom. Castill. lib. 5. controuers. cap. 157. per tot. maxime, â n. 21.

7 ¶ Y en el caso deste pleito, aunque no litiga el patronato de el Romo, hazelo doña Catalina de Herrera diziendo, que sin embargo ha de ser preferida como heredera de Luis de Herrera su abuelo, a cuyos bienes vuo pleito de acreedores, y en el se graduo el patronato de el Romo por su censo, con cuyo cargo se remató el oficio de escriuano publico del dicho Luis de Herrera, y el comprador pagó por vna parte 22 ꝟ. marauedis por otra 105 ꝟ. marauedis de corridos, y mas 350. reales, de que otorgó cartas de pago doña Maria del Romo. Y porque es la pretensa prelacion respeto de auer comprado don Miguel las casas sobre que se litigaua, con cargo deste censo y auer lastadolo la hazienda de Luis de Herrera, De modo, que es precisso confessar que doña Catalina de Herrera representa el dicho patronato, por el lasto, y que estando como esta vencido, lo ha de estar ella como persona que deduce su acciõ por el credito y derecho del dicho patronato, qui primas vices habuit in defensione, y mas en sentencias Reales y perpetuas como estas, que aprouechan ó prejudican a los sucessores, y a los demas que secundariamente tienen derecho. Alias lites essent immortales, & nunquam ad vltimum finem perducerentur, l. 1. §. denuntiare, ff. de vẽtre inspiciendo, l. ex contractus ff. de re iudicata, l. si seruus plurium, §. si hæreditatis, ff. de legat. 1. l. qui repudiantis. §. fin. ff. de inoffic. testam. & supracitati exornat Salgado, 4. part. cap. 8. á num. 300.

8 ¶ Y lo mas que puede tener en su fabor doña Catalina cõ la paga hecha al patronato del

 Romo,

Romo es ponerse en su mismo lugar para cobrar de los bienes de don Miguel, y cõsiderarla como su cessonaria, è imagen y representacion del cedẽte, con que le ha de obstar la cosa juzgada, pues no tiene ni puede tener mas derecho que el dicho patronato, quia cessonarius succedit in locum cedentis, & censetur eadem persona, l. si donatæ, §. 1. ff. de donat. inter virum, & vxorem, Becc. consil. 105. num. 17. Riminal. iun. consil. 65. n. 22. Gratian. disceptat. 142. num. 15. Socin. iun. consil. 74. num. 6. lib. 3.

9 ¶ Y si no quisiere considerarse doña Catalina como cessonaria, sino acreedora por la indemnidad que resulta de la compra que hizo don Miguel de las dichas casas con la carga del dicho censo, adhuc, le obsta la cosa juzgada duplici ratione. La primera, como heredera de Luis de Herrera su abuelo, que litigò en el pleito de acreedores de don Miguel, diziendo, que a el auian concurrido doña Maria del Romo y otros acreedores de quiẽ el era fiador, y q̃ deuiẽdose graduar en mejor lugar q̃ otros acredores, por error fueron pospuestos, y q̃ se deuia deshazer, enmẽdando la sentencia de graduacion que se confirmò sin embargo por sentencias de vista y reuista, como consta del memorial num. 10. & 11. que es mayor euidẽcia de la comprehension de su persona por heredera del dicho Luis de Herrere, y puede ser compelida en la misma forma que el, l. postulante 44. in princip. ff. ad Trebell. & ibi Bartol. & Angel. idem Angel. in l. penult. ad finem, ff. de his quæ in testamento delentur, Roderic. Suar. in l. post rem iudicatam in declarat. leg. Regn. extensin. 1. num. 1. Gaspar Caualinus, lib. 1. milleloq. c. 631. Menchac. lib. 1. de success. creat. §. 6. num. 39. & 42. Baeça de inope debitore, cap. 6. Azeued. in l. fin. num. 86. titul. 21. lib. 4. recop. Parlador. lib. 2. cap. fin. 4. part. §. 1. Dom. Pichard. manuduc. præcepta, præcept. 2. num. 1. Anton. Gom. l. 64. Taur. num. 5.

La

10 ¶ La segunda, porque el mismo derecho que pretendieron el patronato del Romo, y Luis de Herrera en aquel pleito pretende en este doña Catalina, y fueron vencidos, y assi le obsta la cosa juzgada, y està comprehendida su persona porque en los pleitos de acreedores no solo dañã los autos y sentencias a aquellos con quien personalmente se litigan y pronuncian, mas a los que no se hallaron presentes, ni han litigado, si pretẽden por el mismo derecho, vt bene cõprobat Riminal. iun. consil. 821. num. 81. lib. 5. Ioseph. Ramon. consil. 41. lib. 1. Maceratens. lib. 3. variar. resolution. 1. num. 9. Tiraquell. in tract. res inter alios acta, limit. 22.

11 ¶ Y que sea la misma causa de pedir en aquel juizio que en este, no parece que admite duda, pues en ambos se disputa el grado, y el error de no graduar en mejor lugar al patronato del Romo (que solo puede ser por auer comprado las casas con la carga de su censo) y assi obsta en vno y otro la cosa juzgada, Bart. l. qui Romæ, §. duo fratres, num. 7. ff. de verbor obligat. vbi dicit: *Quod si causa deducta in primo, & secundo iuditio tendit ad eundem finem, & effectum semel reiecta non potest iterum suscitari, quia esset velle contradicere sententiæ.* ibidem Alexand. num. 8. elegans text. in l. duobus, ff. de de except. rei iudicat. ibi: *Quoties apud iudicem posteriorem id quæritur, quod apud priorem quæsitum est.* & in §. plane, eiusdem legis, ibi: *Et generaliter, vt Iulianus deffinit exceptio rei iudicatæ obstat quoties inter easdem personas eadem quæstio rebocatur, vel alio genere iudicij.* ff. eodem titul. l. si autem, §. si quocumque. ff. de negoc. gest. vbi Bart. & eius Additionat. Dec. in cap. at si clerici, num. 4. de iudic. Abb. in cap. aduersarios, de except. num. 13. dicens. *Quod vbi est idem finis obstat exceptio rei iudicatæ licet varietur modus agendi.* & ibi Felin. num. 9. Ripp. in dict. l. duo fratres, num. 25. Boer. decis. 43. num. 2. Corn. consil. 126. num. 11. lib. 4. Ruin. consil. 71. nu. 4. lib. 5. Franc. Pont. consil. 9. num. 10. cũ seqq.

De

12 ¶ De que se infiere, que auiendose trabado en el pleito de que se despachó la carta executoria, cuyo efeto le quiere impedir por doña Catalina de Herrera, la questió que oy se controuierte, videlicet, si el patronato del Romo ha de tener mejor derecho y grado que el patronato de Pedro Gil de Mesa, auiendose declarado por la sentécias de la dicha executoria ser posterior, quedó determinada la question, argument. l. si inter me, & te, ff. de exceptio. rei iudic. ibi: *Nam si meã esse nocebit tibi rei iudicatæ exceptio, nam eo ipso, quod meam esse pronuntiatum sit, ex diuerso pronuntiatum videtur tuam non esse.* l. Pomponius, §. sed & his, ff. de procuratori. *Nam cum indicatur rem meam esse simul iudicatur illius non esse.* l. 2. C. de ordine cogn. Bart. in l. Iulianus verum debitorem, num. 5. ff. de cõdit. indebit. Natta, consil. 473. Menoch. consil. 110. num. 17. Federic. Scotus, respons. 9. nume. 16. lib. 10. tom. 2. Riminald. iun. consil. 783. n. 10. lib. 7.

13 ¶ Y no obstarà dezir, que doña Catalina de Herrera no impugna el que se paguen los acreedores de don Miguel de Escobar, y que se execute la carta executoria porq̃ ella lo tiene pedido como consta del memorial, nu. 12. sino que pretende preferirse al Licenciado Iuan de Mesa en quanto a las casas sobre que se litiga, por auer lastado por don Miguel los corridos del censo, con cuyo cargo las compró. Porque derechamente se opone a la dicha cosa juzgada, respeto de que si en ella se graduo el censo y corridos que los pagasse don Miguel, ò otro por el, ha de ser vn mismo el efeto per necessariam consequentiam, quia tunc dicetur, quid venire in consequentiam alterius quando vnum sequitur ad alium ex iuris dispositione. Ias. in l. si is qui pro emptore, nu. 405. ff. de vsucap. Y la sentencia siempre determina todo lo que por necessaria consequencia se infiere della, Alexand. consil. 84. n. 13. lib. 3. Ancharr. consil. 437. in fin. Afflict. decis. 215. Menoch. de arbitr.

arbitrar. casu 69. Socin. consil. 273. colu. 4. lib. 2. Y viene a implicarse doña Catalina pues ha pedido se execute la carta executoria, y por otra parte pretende destruirla en quanto a las casas. *Nimis enim indignum iudicamus, vt quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare propioque testimonio resistere.* l. generaliter, C. de nó numerat. pecun. cum vulgatis.

14 ¶ Si no es que pretenda no estar vencida en fuerça de accion, porque de excepcion ya se ha hecho euidencia en el pleito, de que resultò la dicha executoria, que no percibimos pueda aprouecharle, pues vencida por aquel camino, aora in vim actionis como pretende, no puede suscitarlo, l. si quis cum totum, ff. de exception. rei iudicat. cap. suborta, de senten. & re iudic. Paul. de Castr. in dict. l. si quis cum totum, Philip. Corneus, consil. 126. volum. 4. Socin. in l. fundum, ff. de except. num. 2. Francisc. de Ponte, consil. 90. â num. 10. Salgad. 4. part. cap. 7. â num. 8.

15 ¶ Con todo insiste doña Catalina en q̃ el derecho que deduze ni en fuerça de excepcion ni de accion se ha tratado hasta aora, en la forma con que se ha opuesto à la prelacion que pretende en el precio de las casas, porque ella no quiere valerse de cesion, ni de la executoria, sino solo del derecho de la venta que hizo su abuelo de las dichas casas con la carga del censo, y que por estarse vendiendo en quanto a ellas, e ene prelacion por las dotrinas de la l. licet, C. qui potiores, y de la l. interdum, ff. eodem, Dom Couarr. lib. 5. variar. cap. 7. num. 2. & 3. y los DD. que juntò el señor don Iuan del Castillo, quotidian. lib. 3. cap. 8. Rodrig. de concurs. & priuil. credit. artic. 7.

16 ¶ A que se responde, que no valiendose doña Catalina del derecho del censo, y clausula de no enagenar, y todas las demas, pues no tiene cesion (por elidir la fuerça dela cosa juzgada) sino solo de la indemnidad que puede, como di-

xo el Iurisconsulto en la l. tutorem, ff. de his qui bus, vt indignis: *Discreta enim sunt iura quamuis plura in eãdem personam deuenerint.* importa poco la dicha indemnidad: porque para que el vendedor se pueda preferir en la cosa vẽdida a los demas acreedores anteriores, es necessario reserua de dominio, ô otros modos de precaucion y seguro, que refiere Parlador. lib. 1. rerum quotidian. cap. 8. per tot. Gutierr. lib. 3. practic. quæst. 98. per tot. D. Castill. dict. cap. 8. num. 12.

17 ¶ Por manera, que auiendo sido la vẽta de las dichas casas con cargo del dicho censo, y no tratando doña Catalina de valerse deste derecho sino de la indemnidad llana, sin reserua por ella en quanto al vendedor de dominio, ni hipoteca, es cierto que no tiene mas anterioridad ni priuilegio que la que causa el contrato y su euiccion, que es postetior al censo de Iuan de Mesa Gil, y dote de doña Marina Venegas, porque estos tienen su antelacion desde el año de 601. y la venta fue el de 607. memor. num. 3. & 6.

18 ¶ Y esto corre con mayor llaneza en quanto a la dote de doña Marina, porque las decisiones de la l. licet, y de la l. interdum, no proceden con la hipoteca dotal expressa, ó tacita, segun la verdadera resolucion y inteligencia destos textos y dotrinas que les asisten, Dom. Couarr. dict. lib. 5. cap. 7. num. 2. &. DD. relati à Flores Diaz de Mena, lib. 1. variar. quæst. 6. artic. 3 nu. 12. & 14. Barbos. 6. part. l. 1. num. 12. & 13. ff. solut. matrimon. omnino videndus, l. 29. titul. 13. part. 5. ibi: *E las cosas que diximos en esta ley, è en las otras dos que diximos ante della, que deuen pagar el debdo que es fecho a postremas, ante que el primero entendiesse que ha lugar contra todas las personas, fueras ende debdo que fuesse de dote, ó de arras de muger.* Dom. Castill. dict. cap. 8. num. 27. dicens. *Quo in dubio duæ quidẽ sunt, & contrariæ sententiæ, alij enim prædictum priuilegium vtrumque maius, & fortius esse existimãt quam priuilegium dotis; alijs vero & magis communiter contrariũ*

tuen-

tuentur, quod testatur Flores Diaz de Mena, variar. lib. 1. quæst. 6. ortie. 3. num. 12. & 14. Ego vero in vtroque commnuem pro dote sententiam magis amplector, & text. in dict. l. 30. part. quamuis casum dotis emifsit quem excepit, l. 29. titul. 13. part. 5.

19 ¶ Que es texto, señor, que obliga a juzgar por esta opinion, pues no auiendo como ay ley destos Reynos, ni fuero municipal, ni practica en contrario, se deue juzgar por ella, l. 3. lib. 2. titul. 1. recopilat. que es la 1. de Toro, ibi: *Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos y prematicas deste nuestro libro y fueros no se pudiere determinar, mandamos, que en tal caso se recurra a las leyes de las siete partidas fechas por el señor Rey don Alonso nuestro progenitor.* Y en la prematica y ley en que se manda guardar las de la nueua recopilacion, ibi: *Guardando en lo que toca a las leyes de las siete partidas, y de el fuero lo que por la ley de Toro este dia puesto y ordenado.*

20 ¶ De forma, que podemos dezir a doña Catalina de Herrera *incidi in Scyllam, cupiens vitare Caribdem*, pues si se vale de la indemnidad en competencia del Licenciado Iuan de Mesa, y doña Marina, no puede obtener, y si del derecho del censo le obsta la cosa juzgada, contra la qual en en ninguna forma ni manera, ni por nulidad, ni restitucion, ni injusticia notoria puede ser oyda en la execucion por ser de executoria de sentẽcia de vista y reuista de los señores desta Chancilleria, ex l. 4. titul. 17. lib. 4. recopilat. & pragmatica del año de 15. Mayormente fundandose las dichas leyes en la vtilidad publica, ne lites in æternum protrahantur, ex text. in l. properandũ C. de iudicijs, C. vt finem latibus de dolo, & contumatia, & ne authoritas, & maiestas rei iudicatæ eledatur, l. seruo inuito, §. cum Prætor, ff. ad Trebell.

21 ¶ Dize tambien doña Catalina, que si en el pleito de los acreedores de don Miguel se vuiera alegado por el patronato del Romo, que en quanto a la casa por la hipoteca de el censo se

aui-

ania de preferir a los acreedores anteriores que se vuiera determinado asi, y que no auiendolo el alegado, ella lo puede hazer eu la execucion de la carta executoria, como tercero a quien prejudica, y que con el lasto tiene hecha demonstracion de su derecho, cap. veniens 2. de testibus, l. à Dino Pio, §. si super rebus, ff. de re iudic. Do. Couarruu. cap. 16. practic. à nu. 1. Quod facile diluitur. Lo primero, porque no se puede reputar tercera, pues es heredera de Luis de Herrera con quien se litigó, ex aductis num. 5. & 26. & 27. Y asi ni por omission ni camino alguno puede ser oyda en la dicha execucion, ex l. 3. dict. titul. 17. lib. 4. recopilat. ibi: *Cada y quando que algun pleito fuere determinado en la mi Audiencia por sentencia dada en grado de reuista, sea luego la tal sentencia executada, y lleuada a execucion con efeto en todo y por todo, no embargante qualquier oposicion, ò excepcion de qualquier natura que sea, que la parte contra quien fue dada opusiere y dixere, ó alegare en qualquier manera, y fecha la dicha execucion, quede a saluo todo su derecho a la parte.*

22 ¶ Que es de lo que pribo el señor Rey don Felipe II. por la dicha l. 4. y el señor Rey dō Felipe III. por la prematica de el año de 15. porque ni aun despues de executadas las sentencias puedé ser oidas las partes, pues como quiere doña Catalina impedir la execucion, y no excediendo dellas el Alcalde mayor de Cordoua q̃ se prouea el atantado?

23 ¶ Y tambien, porque quando pretenda assentar que el derecho y causa que oy alega, no interuino en aquel juizio, podrà estando ya fenecido, y executandose las sentencias impedir su efeto, por dezir que es tercera a quien no comprehende la dicha cosa juzgada de ninguna manera, principalmente executandose como se ha hecho con fianças, l, is a quo, ff. de reiuindicat. l. 6. titul. 10. part. 5. Suar. in l. post rem, quęst. 7. num. 7. Dueñas, regul. 274. exornat. Dom. Couarruu. c. 16. pract. n. 3. Salgad. de Reg. protect. 1. p. c. 8. n. 66. Lo

24 ¶ Lo tercèro, porque es maliciosa la oposicion de la dicha doña Catalina, como se manifiesta de lo alegado, y que se dirà en el discurso deste papel, y assi no se ha de hazer caso della, c. suscitata, de in integrum restitut. gloss. Abb. Felin. & Decius, in cap. super eo, de offic. de legat. & alij quos congessit Dom. Couarruu. dict. cap. 16. à num. 2.

II. ARTICVLVS.

25 ¶ Vamos pues discurriẽdo por los nueuos autos y papeles presentados desta instancia, y sea el primero, el testimonio del pleito de acreedores que vuo a los bienes de Luis de Herrera, y sentencia de graduaciõ que està confirmada por executoria desta Chancilleria, donde se manda pagar al conuento de las Dueñas en segundo lugar 87U898. marauedis del principal de vn censo de mayor quantia, y mas los corridos. Y en tercero lugar se mandò pagar a doña Maria de el Romo por el vinculo de Martin Ruiz el Romo, 98U. marauedis de principal de vn censo, cõ mas 73U. marauedis de corridos. Y en sexto lugar mãdó pagar al dicho dõ Miguel de Escobar dos principales de dos censos, el vno de 470. ducados, otro de 1U800. reales, los quales estàn impuestos sobre los bienes de don Miguel y su muger, en fauor de la obra pia de Iuan Perez de Auellano, y de la Capellania de Maria de santo Tome, que el dicho Luis de Herrera se auia obligado a redimir y sacar dellos indemne al dicho don Miguel y su muger por escritura de 20. de Febrero de 613. y de 20. de Otubre de 614. para que en las dichas cantidades se rediman los dichos censos, y queden libres los bienes del dicho don Miguel, y que assimismo se le pagassen los corridos que se le deuiessen. Y en setimo lugar mandó pagar al mismo don Miguel 680. reales que el dicho Luis de He-

rrera estaua obligado a pagarle por vna cedula.

26 ¶ Con el qual testimonio solo bastaua para la vitoria deste pleito, pues si doña Catalina de Herrera es heredere de Luis de Herrera, está obligada a pagar los debitos contenidos en la dicha sentencia, por poderse executar contra ella como si expressamente estuuiera comprehendida ex ratione, text. in l. postulante 44. in princip. ff. ad Trebell. Bart. & Angel. ibi Baeça de inope debitore, cap. 6. per tot. Parlador. lib. 2. rerum quotidianar. cap. fi. 4. part. §. 1. l. ex contractu, ff. de re iudicat. congessit alios Dom. Pichard. manuduct. præcepta ad praxim. præcept. 2. à nu. 1.

27 ¶ Cui consonat quod sententia semper præiudicat ei, qui vere, vel representatiue est eadem persona, vt de communi opinione testantur Ruin. consil. 71. num. 5. lib. 5. Cardinal. Tusch. practicar. conclus. lit. S. concl. 174. nnm. 6. Salgado de Reg. protect. 3. part. cap. 16. nu. 27. & 4. part. cap. 8. num. 320. & 326.

28 ¶ De forma, que siendo doña Catalina la misma persona interpretatiue que Luis de Herrera por ser su heredera (Nouella de iure iurando ameriente præstito in prefatione, Decius in l. hæredem eius 59. num. 1. ff. de regul. iur. Robles de representat. cap. 16. nu. 40. lib. 2.) no puede escusarse de la paga, ni de cumplir con la sentencia de graduacion del pleito de acreedores de su abuelo, ex supradictis, & ex l. si mater, §. si egero, ff. de excep. rei iudic. l. Iulianus, l. singulis, l. cum quæritur, cum duabus seqq. ff. de excep. rei iudic. l. 19. titul. 22. part. 3. Salgado, de protect. Reg. 4. part. cap. 8. num. 333.

29 ¶ De que sale por legitima consequencia que siendo doña Catalina deudora en mayor cantidad de la que pretende en este pleito no es parte para pedirla, quia debitor, & creditor non dantur in vna eademque persona, l. vranius 82. ff. de fideiussor. l. debitori tuo, C. de pactis, Bar Bos. axiomat. 85. num. 3. l. stichum, §. additio, ff.

de

de solut. l. cum secundum, vbi Bald. & alij C. de fideicommis. Gaspar Rodrig. de aunuis redditib. quæst. 19. à num. 1. lib. 2. Sesse, decis. 46. num. 27. cum sequentib. Gratian. disceptat. 356. numer. 31.

30 ¶ Lo que podrá hazer es, compẽsar en la concurrente cãtidad que pueden las vnas y otras partes en la execucion de ambas, ó qualquiera executoria, text. in l. 4. §. solnisse, ff. de re iudicat. ibi: *Soluisse accipere debemus nõ tantum eum qui soluit verum omnem omnino qui ea obligatione liberatus est*. Sed is qui compensat liberatur, vt in l. si ambo, ff. de compensat. Zeuall. de cog. per viã violentiæ, quæst. 1. à num. 16. Alexand. consil. 12. volum. 2. col. vltim. Tiraquell. de retract. lignag. §. 3. gloss. 3. num. 4. & probatur l. ex causa, C. de compensat. Parlador. de except. solution. cap. fi. 5. part. lib. 2. §. 11. num. 30.

31 ¶ En tanto grado, que puede compensarse lo que condicionalmente se deue, l. si peculio, §. de illo, ff. de statu liber. l. Iulianus, ff. de condit. & demonstrat. Zeuallal. dict. quæstio. 1. nu. 22.

32 ¶ Y generalmente, la compensacion se admite en todo genero de deuda, y via executiua, l. 2. ff. de compensat. & ibi DD. Zeuall. dict. quæst. 1. num. 25. porque la mismа razon y equidad natural persuade, que mejor es no pagar que repetir lo pagado, l. 3. ff. de compensat. Faquin. lib. 1. controuers. iuris, cap. 7. versic. *Ego existimo*, idem Zeuall. dict. quæst. 1. num. 27. & Parlador. dict. num. 30. §. 11. Ioann. Gutierr. de iuram. confirmat. 3. part. cap. 6. num. 2. & lib. 1. practicar. quæst. 112. num. 4. omnino videndus Dom. Pichard. manu. præcep. part. 2. §. 13. facit Gratian. disceptat. 129. à num. 19. tom. 1.

33 ¶ Y mas quando es vno mismo el deudor y acreedor, que entonces ipso iure fit compẽsatio, vt bene comprobat decis. Genuens. 190. n. 10. ex text. in l. hæredes á debitore, §. quod si stipulatur,

pulatot, & ibi gloss. versic. *Per inde*, ff. de fideiuss. Alexand. consil. 149. num. 2. volum. 2.

34 ¶ Que es iniquidad conocida pretẽder doña Catalina cobrar lo que luego tiene obligacion a restituir, contra l. dolo facit. ff. de regul. iur. y los demas textos y dotrinas que refiere Zauallos, dict. quæst. 1. á num. 17. & num. 27. ibi: *Et ob hanc causam si debitum sit liquidum neque res altiorem indaginem requirit dolo facere videturque petit, quod statim est restituiurus; vt in l. dolo facis, ff. de regulis iuris, cum vulgatis.*

35 ¶ Accedit etiam, que aunque quien litiga en este pleito son acreedores de don Miguel, no por esso dexan de ser partes para oponer de la dicha deuda, porque resulta de cosa juzgada, y pleito de acreedores, assi ella como su accion dellos, con que pueden tratar de la exaccion recta via, porque son acreedores de don Miguel acreedor del dicho Luis de Herrera, que estàn condenados por las dichas executorias, y en pleitos de acreedores que obran en vez de la escussion, l. à Diuo Pio, §. si super rebus, verbo, *sed & illud*, ff. de re iudic. *Vbi controuersia est de pignore illud dimeti debere, & capi aliud, quod est sine controuersia.* per quem text. id dixit gloss. in dic. l. á Diuo Pio, §. si quoque, verbo, *aliud*, atque Angelus, in authent. de fideiussor. §. sed neque, in fin. Negusant. de pignorib. in 1. membr. octauæ partis princip. nume. 44. Paris. consil. 50. num. 65. lib. 1. Do. Molin. de Hispanor. primogen. lib. 4. cap. 7. à num. 31.

36 ¶ Por manera, q̃ constando como cõsta de la deuda de la excussion, y de la cosa juzgada es corriente no solo no embaraçarse doña Marina y Iuan de Mesa Gil con la oposicion de doña Catalina de Herrera, mas poder cobrar della lo que de mas a mas deue, l. 2. 3. & 4. C. quando fiscus, l. à Diuo Pio, §. sed verum, ff. de re iudicat. Petr. Surd. omniuo videndus, consil. 4. num. 2. tom. 1. Farinac. decis. 760. num. 2. tom. 2. nouiss. Roman. consil. 224. num. 7. & consil. 292. in fin.

Roderic.

Roderic. Suar. in l. post rem iudicatã, ad declar. leg. Regni, §. 2. versic. *Quæro*, fol. 666. Ioann. Gutierrez consil. 19. á num. 2.

37 ¶ Lo segundo, monta mas lo que doña Catalina de Herrera deue a la hazienda de dõ Miguel, como consta de solo eldicho testamento que los 600. ducados en que está adjudicadas las dichas casas, siendo asi, que por la escritura de venta consta, que solo tenia en ellas la tercia parte que la dio, con cargo del censo de doña Ines de Ahumada, que es de 58 ꝟ. marauedis, y el censo del conuento delas Dueñas que es de 105 ꝟ. marauedis, como consta del memorial num. 25. versic. *Y aora*, y num. 14. versic. *Tampoco*, que es todo mucho mas que la dicha tercia parte.

38 ¶ Lo tercero, es cosa graciosa la venta de las otras dos tercias partes que vendio Diego de Herrera, pues fue con cargo del censo del patronato del Romo, y de otras dos tercias partes del censo de doña Ines de Ahumada, por ser de 135 ꝟ. marauedis, y otro censo de doña Leonor de Torquemada. y Pedro Alonso de Caçorla, q̃ es de 68 ꝟ. marauedis, como consta del memorial num. 2. & 3. siendo de tan poco valor las casas.

39 ¶ Lo quarto, las redenciones que à hecho don Miguel destos censos, que constan del memorial num. 23. desde el versic. *Y aora despues de visto*, con que ha librado la hazienda de Luis de Herrera y Diego de Herrera de quien es heredera la dicha doña Catalina.

40 ¶ Lo quinto, el censo de trecientos ducados que impusieron Diego de Herrera y Luis de Herrera el año de 576. en fauor de don Miguel como consta del memorial num. 22. que se le deue con sus corridos, y está impuesto sobre las dichas casas y demas bienes.

41 ¶ De todo lo qual resulta, ser doña Catalina deudora en mayores cantidades que las de su lasto, y deber ser, no solo repelida de su intento, mas que se juzgue y condene por el, y pague; E pues

pues si quiere cobrar por el vtil que causó a la hazienda de don Miguel, el lasto, las redenciones q̃ ha hecho: y si porque se le deue los censos que ella deue a don Miguel como heredera de Luis de Herrera su abuelo, *Quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse alijs dixit vel dici efficit.* verba tex. in l. 2. ff. quod quisque iuris, & ad text. in l. generaliter, C. de non numer. pecun. cum vulgatis.

41 ¶ Y no obstarâ a lo referido dezir, que las redenciones hechas por don Miguel son de cẽsos, con cuya carga compró las casas, y que assi lo mismo es pagar q̃ por escusar la paga redimirlos.

42 ¶ Lo vno, porque el auer lastado la hazienda de Luis de Herrera en consideracion de el patronato del Romo, y querer cobrar doña doña Catalina su heredera, corriera si el vuiera vendido todas las dichas casas, mas auiendo vẽdido sola vna parte con carga de los censos que se han referido num. 37. y queriendo en virtud de la dicha venta è indemnidad resarcir el daño que está afecto con los demas censos que se refieren, num. 38. & 39. contra l. vindicantem, ff. de euict. l. cum à matre, C. de reiuind. facit tex. in l. ex his prædijs, & l. si post perfectã, C. de euict. l. debitori tuo, C. de pact. & supra relati, n. 29.

43 ¶ Y en este caso es sin duda, porq̃ el censo del patronato del Romo no se declaró en la escritura de vẽta de Luis de Herrera, sino el de doña Ines de Ahumada, memor. n. 5, versic. *Y aora.* Y el censo del conuento de las Dueñas, como se ha dicho n. 47. con que los demas censos y redẽciones le obstan a doña Catalina por el derecho de euiccion de la tercera parte de las casas que vendio. Y no puede (por la indemnidad ni carga del censo del patronato del Romo, pues no la vuo en su escritura de venta) competir con el Licenciado Iuã de Mesa y doña Marina, assi por lo que se ha fundado en este papel, como porque el dicho lasto està hecho por vn tercero que vendio la dicha tercia parte, sin el cargo del censo del patronãto del Romo.

Y que

44 ¶ Y q̃ si pagô los corridos del dicho cẽso fue por el mismo, y no porq̃ dõ Miguel estuuiesse obligado, y dexasse de pagar carga de la tercia parte q̃ el auia cõprado de Luis de Herrera libre del dicho censo, auiendo el mismo hecho la imposicion, assi sobre la dicha tercia parte, como sobre las dichas dos q̃ pertenecian a Diego de Herrera, como todo consta del memor. num. 2. & 3. & 25. versic. *Y aora despues.*

45 ¶ De q̃ se sigue, q̃ en quãto a la tercia parte vendida a don Miguel con la carga del cẽso del Romo es diferente persona; la q̃ haze Luis de Herrera, *discreta enim sunt iura quamuis plura in eadem personam deuenerint.* l. tutorẽ, ff. de his quib. vt indig. & cum Vant. & alijs Salg. de Reg. protect. p. 3. c. 8. â n. 267. Y assi solo el derecho q̃ le cõpete puede ser de lo lastado por don Miguel como cõprador de las dos tercias partes con cargo del censo. Y esto como ha de ser en virtud de la escritura de vẽta que otorgò Diego de Herrera? No porq̃ no es su cessonario, pues en virtud de la cesion de acciones de doña Maria del Romo tampoco, porq̃ no la á auido, ni ya puede aprouecharle, porque auia de ser al tiempo de la paga, l. modestinus, ff. de solutionib. gl. in l. Papinianus, ff. mãdati, l. 11. tit. 12 p. 5. Parl. lib. 2. rer. quot. 3. p. §. 4. n. 15.

36 ¶ Lo otro, porq̃ todos los dichos cẽsos impuestos sobre las dichas casas, y no auerse declarado por Diego de Herrera y Luis de Herrera, si no cada vno los q̃ cõsta, mem. n. 2. & 3. 21. & seqq. Y en especial este del patronaro del Romo auiendolo impuesto Luis de Herrera, y no declarado en la venta de su tercia parte, y del poco valor de las dichas casas (pues aun de presente comunmente tienen en estos Reynos mus valor) resulta el dolo y lesion enormissima q̃ interuino en la vẽta, con q̃ bastaua para excluir a doña Catalina, ad text. in l. ex his prædijs, l. si post perfectam, C. de euict. & per Parlador. tradita, lib. rerum quotid. 5. part. §. 11. num. 26.

47 ¶ Vltimamente, en quanto al atẽdido

es

es sin genero de fundaméto. Lo vno, porque a estas partes assiste la excepció de cosa juzgada q̃ no admite apelacion suspensiua (q̃ es la q̃ es menester conforme al c. non solũ, de appell. in 6. & ad tradita per D. Couarr. c. 22. & 23. pract.) l. ab execut. l. querũ appellationes non recipiantur, ibi: *Ab executione appellari non posse satis, & iure, & cõstitutionibus cautũ est.* l. ab executore, ff. eod. l. 3. & 4. tit. 17. lib. 4. recop. Y la prematica del año de 15. Salgad. 3. p. c. 1. n. 27. con Menoch. Gales. y Marqus. refiriẽdo a Geronymo Gonçal. ibi: *Quod appellans ab executione facta vigore rei iudicatæ, & similium præsupponit antecedens, validum a quo executio dependet, & nega, cõsequens illius executionem, & sic nihil agit, quia opponitur rei naturæ, & eius impedit naturalem effectu.* & plures alijs allegat, & corroborat fundamentis, & rationibus, à num. 28.

48 ¶ Lo segundo, porq̃ como consta de el memor. n. 12. doña Catalina ha pedido q̃ la dicha cosa juzgada se execute, con q̃ no puede obrar su apelacion, l. non erit 5. §. dato, ff. de iur. iurand. l. generaliter 12. §. sed iuramento, & ibi DD. C. de reb. cred. ibi: *Quis enim ferendus est, ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipse facienda procurauit.* & paulo post, in §. sibi autem, ibi: *Cum nimis credule est, parti, quæ hoc detulit propter hoc ipsum, quod iudex eius petitionem sequutus est super esse prouocationem.* Scacc. de appell. q. 17. limit. 34. n. 1. Menoc. cons. 217 sub. n. 7. & seqq. & n. 21. & seqq. lib. 3. his & alijs Salgad. de Reg. protect. p. 2. c. 1. à n. 165.

49 ¶ Lo tercero, porq̃ todas las vezes q̃ de parte del q̃ apela la introducció y prosecució del pleito es dolosa, fraudulenta y llena de calunias (como en este caso sucede por tantos fundamentos) no obra la apelació suspensiua, ad tradita per Lãcell. de attent. 2. p. c. 4. limit. 4. â n. 1. ni ay atentado, exornat D. Couarr. d. c. 23. pract. n. 7. cũ seqq. Y assi esperamos en todo la determinacion en la forma propuesta en el exordio deste papel. Salua, &c.

L. don Gonçalo Fernandez de Villalta.